



JURISTISCHE FAKULTÄT



**UNIVERSITÄT
HEIDELBERG**
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Das Gesamtgeschäft beim Handeltreiben mit
Betäubungsmitteln
Analyse, Bewertung und Weiterentwicklung der
deliktsspezifischen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu
Täterschaft und Teilnahme“**

Dissertation vorgelegt von Benjamin Schnürer

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dieter Dölling

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht

1. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ist eines der für die Rechtspraxis wichtigsten Themen des Strafrechts. Aufgrund des traditionellen Desinteresses am Betäubungsmittelstrafrecht hat diese Frage bisher kaum Resonanz in der Wissenschaft gefunden.

2. Angesichts der hohen Zahl an Verurteilungen und des meist hohen Strafmaßes verdient das Betäubungsmittelstrafrecht mehr dogmatische Aufmerksamkeit. Insbesondere das Verständnis der zentralen Begehungsform des Handeltreibens ist von erheblicher praktischer Bedeutung.

3. Seit Jahrzehnten ist der Begriff des Handeltreibens vor allem durch die Rechtsprechung geprägt und wird von dieser sehr weit als jede eigennützige Tätigkeit verstanden, die auf Betäubungsmittelumsatz gerichtet ist. Ungewöhnlich dabei ist, dass, von der Tätigkeit abgesehen, alle Merkmale eine subjektive Ausrichtung erfahren und deshalb über die Strafbarkeit nahezu ausschließlich die Zielrichtung des Täters entscheidet. Da objektiv jede beliebige Tätigkeit ausreichen soll, bleibt der objektive Tatbestand im Grunde „leer“. Dem Delikt fehlt der gegenständlich-reale Kern, weshalb man von einem *entkernten Tatbestand* sprechen kann.

4. Die weite Tatbestandsfassung („jede Tätigkeit“) macht eine normale Anwendung allgemeiner Rechtsinstitute wie Vorbereitung und Versuch sowie Täterschaft und Teilnahme unmöglich. Darüber kann auch die kasuistische Herausnahme einzelner Vorbereitungs- und Versuchshandlungen aus Wertungsgesichtspunkten nicht hinwegtäuschen.

5. Die seit langem heftig geäußerte Kritik an der Rechtsprechung hat sich der 3. Senat in einem Anfrage- und Vorlagebeschluss der Jahre 2003 und 2005 zu eigen gemacht und versucht, eine Änderung der Rechtsprechungslinie herbeizuführen. Mit der Entscheidung vom 26.10.2005 wies der Große Senat für Strafsachen dieses Verlangen zurück und bestätigte den überkommenen Begriff des Handeltreibens.

6. Der Große Senat verwies neben der Abschichtung von Vorbereitungs- und Versuchskonstellationen auf eine andere Möglichkeit, wie der Weite des Begriffs auch nach dem von der Rechtsprechung zugrunde gelegten Verständnis begegnet werden kann: eine konsequente Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Seither hat der BGH vermehrt Beihilfe angenommen. Am 28. Februar 2007 führte er für die Fallgruppe der Kuriere außerdem ein bisher unbekanntes Abgrenzungskriterium ein: das hinter der konkreten Tat stehende Gesamtgeschäft.

7. Bezugspunkt für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist damit nicht mehr die konkrete Tathandlung, sondern das hinter dieser stehende Betäubungsmittelgeschäft insgesamt. Entscheidend ist der Gesamtprozess des Rauschgifthandels ausgehend von der Produktion bis zum Verkauf an den Endkunden. Die Rechtsprechung hat dabei das typische Bild organisierter Rauschgiftkriminalität vor Augen und möchte einem einzelnen Transporteur nur dann täterschaftliches Verhalten zuschreiben, wenn er für die Gesamtorganisation eine bedeutende Rolle spielt. Soweit er nur ein kleines, austauschbares „Rädchen“ darstellt, soll er lediglich als Gehilfe behandelt werden.

8. Inzwischen hat der BGH das Kriterium des Gesamtgeschäfts über die Kurierfälle hinaus abstrahiert und verwendet es in den unterschiedlichsten Fallkonstellationen. Damit ist klar, dass es sich um ein allgemeines Abgrenzungskriterium handelt, welches

generell für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Handeltreiben gelten soll.

9. Die Rechtsprechung hat sich auf diese Weise ein Vehikel geschaffen, mit dem sie trotz der weitgefassten Definition zwischen unterschiedlichen Unrechtsgraden differenzieren kann. Sie kann weniger strafwürdig erscheinende Fälle flexibel ausscheiden und als Beihilfe mit der obligatorischen Strafmilderung nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB sanktionieren. Während die mit besonders ausgeprägter krimineller Energie vorgehenden Hintermänner mit ihrem besonderen Einfluss auf das Ablaufen des Gesamtgeschäfts weiterhin als Täter bestraft werden können, eröffnet sich für die zahlreichen Helfershelfer die Möglichkeit einer mildernden Strafe.

10. Der Vorzug dieser Lösung besteht darin, dass sie eine vom Gesetzgeber offenkundig nicht gewollte und mit den §§ 25 ff. StGB nicht in Übereinstimmung zu bringende Einheitstäterschaft vermeidet und eine Abstufung zwischen den verschiedenen Unrechtsgraden sachgerecht zulässt. Der Unrechtsgehalt ist höher, wenn die Handlung für das Gesamtgeschäft von Bedeutung ist, als wenn sich das Agieren des Beteiligten dafür als irrelevant darstellt. Die Relevanz der Tathandlung für das Gesamtgeschäft korrespondiert unmittelbar mit dem Unrechtsgehalt der Tat.

11. Die Grundprobleme der zu weit geratenen Definition werden durch die Gesamtgeschäft-Rechtsprechung allerdings nicht beseitigt. Dem Tatbestand fehlt aufgrund der Weite in objektiver Hinsicht weiterhin jede Kontur. Eine dogmatisch überzeugende Abgrenzung zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung ist nicht möglich. Der BGH betreibt lediglich Ergebniskorrektur und verwechselt Ursache und Wirkung.

12. Darüber hinaus schafft eine solche Rechtsprechung neue Probleme. Entgegen seiner üblichen Vorgehensweise prüft der BGH auch bei eigenhändiger Tatbegehung, ob lediglich Beihilfe vorliegt. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 25 Abs. 1 StGB legen dagegen nahe, bei eigenhändiger Tatbegehung stets Täterschaft anzunehmen.

13. Ferner berücksichtigt die Rechtsprechung nicht ausreichend, dass die Beihilfe eine akzessorische Rechtsfigur ist, welche den Bezug zu einer Haupttat erforderlich macht. Eine beihilfefähige Haupttat lässt sich aus den Feststellungen der zugrundeliegenden Fälle meist nicht entnehmen und wenn doch, dann ist sie nicht hinreichend konkret bestimmt. Darüber hinaus fehlt es häufig an der auch von der Rechtsprechung geforderten Förderungswirkung der Beihilfe, etwa wenn die Haupttat der Gehilfenhandlung vorgelagert ist. Die vom BGH bemühte Rechtsfigur der psychischen Beihilfe ist ein Kunstgriff, welcher nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass eine bereits stattgefundene Tat in der Regel durch die Zusage des Gehilfen, eine nachfolgende Aufgabe zu übernehmen, nicht mehr objektiv gefördert werden kann.

14. Ursache des Problems ist die Durchbrechung des Prinzips der Täterschaft bei eigenhändiger Tatbegehung. Durch die Erfüllung des Tatbestands bietet die als Gehilfe eingeordnete Person eigentlich selbst eine Haupttat. Da an diese (fiktive) Haupttat aber nicht angeknüpft werden kann, muss der BGH die Haupttat eines anderen in Bezug nehmen. Eine Erfassung des eigentlichen Unrechts ist dadurch nicht möglich. Bei stringenter Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur Haupttat wären die Beteiligten häufig straflos, was dem BGH aber angesichts der Tatsache unbillig erscheint, dass diese Personen eine eigennützige, auf Betäubungsmittelumsatz gerichtete Tätigkeit erbracht haben.

15. Im Gegensatz zum Handeltreiben in täterschaftlicher Begehungsform ist die Beihilfe nicht tätigkeits- sondern erfolgsorientiert – erfolgsorientiert in dem Sinne, dass die Tathandlung der Haupttat gefördert worden sein muss. Erkennt man diese Unterschiede, ist es nur folgerichtig, dass es zahlreiche Fälle gibt, bei denen es zwar im Bereich der Täterschaft aufgrund der tätigkeitsgebundenen Definition eine Strafbarkeit existiert, eine solche aber im Bereich der Beihilfe ausscheidet. Der Charakter des Handeltreibens als Tätigkeitsdelikt setzt sich bei der Beihilfe nicht fort.

16. Problematisch ist daneben das Heranziehen eines tatbestandsfremden Kriteriums. Dies widerspricht der Funktion von Täterschaft und Teilnahme, da dieses Rechtsinstitut lediglich ein Hilfsmittel zum Umgang mit dem jeweiligen Tatbestand bei mehreren Beteiligten ist, aber keine Möglichkeit zur Heranziehung tatbestandsfremder Gesichtspunkte bietet.

17. Das Vorgehen führt schließlich zu Rechtsunsicherheit, da das Gesamtgeschäftskriterium nur sehr vage durch wenig trennscharfe Indizien konkretisiert und in der Praxis vom BGH nicht einheitlich angewendet wird. Welche Handlungen sie zu Handeltreibenden machen, ist für potentielle Täter überhaupt nicht absehbar, weil diese Frage immer von einer wertenden Betrachtung des erkennenden Gerichts abhängt. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass die Abgrenzung im Fall des Handeltreibens de facto definitionseingrenzende Funktion hat.

18. Widerspruchsfrei können die Probleme des Handeltreibens nur durch eine Neufassung des Begriffs des Handeltreibens gelöst werden. Dabei muss der Tatbestand des Handeltreibens enger gefasst werden als bislang von der Rechtsprechung geschehen. Die neue Rechtsprechungslinie bietet dabei einen sachgerechten Ausgangspunkt. Tätigkeiten wie das bloße Transportieren stellen für sich alleine noch kein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln dar, da diese Teilakte für sich genommen keine entscheidende Bedeutung für das Gesamtgeschäft haben.

19. Den Überlegungen der Rechtsprechung liegt ein Leitbild zugrunde, das Organisationsmacht ins Zentrum der Überlegungen rückt. Es stimmt insofern mit der in der Literatur vertretenen Lehre vom Organisationsdelikt überein. Es gibt Tatbestände im Strafrecht, die nicht an die bloße körperliche Vollziehung einer Tathandlung anknüpfen, sondern organisatorisches Handeln in den Mittelpunkt stellen.

20. Um dem Gesamtgeschäft auf Definitionsebene eine hinreichend trennscharfe Wirkung zukommen zu lassen, muss eine Form der Tathandlung gefunden werden, die einen sicheren Schluss auf Organisationsmacht im Hinblick auf das Gesamtgeschäft zulässt. Der in der Praxis am leichtesten handhabbare Ansatzpunkt ist dabei das Kriterium, welches eine über einen Einzelakt hinausgehende Tätigkeit fordert. Entscheidend für die Neufassung ist daher die *Verbindung* zweier betäubungsmittelspezifischer Teilakte.

21. Handeltreiben ist danach jede eigennützige, auf den Betäubungsmittelumsatz gerichtete Tätigkeit, in welcher Organisationsmacht im Hinblick auf das Gesamtgeschäft zum Ausdruck kommt. Organisationsmacht lässt sich dabei an Tätigkeiten ablesen, die darauf gerichtet sind, verschiedene betäubungsmittelspezifische Teilakte miteinander zu verbinden. Charakteristisch für das Handeltreiben ist eine Mittlerfunktion, welche durch einen Organisationsakt zumindest zwei betäubungsmitteltypische Teilakte zusammenführt; der Handeltreibende fungiert als Bindeglied zwischen den Einzelakten im Rahmen von Drogengeschäften.

22. Grundlegend für diese Auslegung ist das Verständnis, dass im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität bestimmte Teilakte wie Transportieren, Erwerben, Veräußern, Lagern etc. feststehen und in jedem Gesamtgeschäft mit Betäubungsmitteln wiederkehren. Der Vollzug eines oder mehrerer dieser Einzelakte für sich alleine erfüllt den Tatbestand des Handeltreibens nicht. Vielmehr ist für das Handeltreiben die Verbindung mehrerer solcher Teilakte typisch.

23. Die vorgeschlagene Neufassung hat eine Vielzahl praktischer Konsequenzen. Durch die Verengung des Anwendungsbereichs des Handeltreibens erhalten die übrigen Handlungsmodalitäten eine größere Bedeutung. Auf Betäubungsmittelumsatz gerichtete Tätigkeiten, die keine Verbindungsleistung beinhalten, werden nicht mehr vom Handeltreiben, dafür aber von Tatbeständen wie der Einfuhr, der Ausfuhr, der Veräußerung, dem Erwerb oder dem Besitz erfasst. Nur sehr wenige, dem Betäubungsmittelumsatz weit vorgelagerte Handlungen, wie bloße Anfragen, Bestellungen und Vertragsabschlüssen bleiben straflos.

24. Als Folge der Neuinterpretation wird das Handeltreiben außerdem zusammen mit dem Anbau und der Herstellung den höchsten Unrechtsgehalt der Begehungsformen des § 29 Abs. 1 BtMG aufweisen. Es handelt sich um ein faktisches Stufenverhältnis, welches bei der Strafzumessung herangezogen werden kann und muss. Wer eine Verbindungsleistung erbringt und damit das erfolgreiche Ablaufen des Betäubungsmittelgeschäfts insgesamt sicherstellt, gefährdet das zugrundeliegende Rechtsgut der allgemeinen Gesundheit in besonderem Maße und zeigt zudem erhebliche kriminelle Energie.

25. Allgemeine Rechtsinstitute wie Täterschaft und Teilnahme sowie Vorbereitung und Versuch können unter Zugrundelegung des vorgeschlagenen Ansatzes nach allgemeinen Regeln angewendet werden. Der Neuansatz ermöglicht eine dogmatisch saubere und trennscharfe Abgrenzung, welche sich an der nun näher konkretisierten Tathandlung der Verbindungsleistung orientieren kann.

26. Auf Konkurrenzebene behält die Figur der Bewertungseinheit weiterhin einen Anwendungsbereich, obwohl andere Begehungsweisen nicht mehr gleichzeitig neben dem Handeltreiben vorliegen dürften. Ihre Berechtigung behält die Figur aber in Fällen, in denen die verschiedenen Handlungen (z. B. die Erbringung einer Verbindungsleistung als Handeltreiben und der Verkauf als Veräußerung) zwar nacheinander erfolgen, aber den gleichen Güterumsatz betreffen. Das Gesetz selbst gibt durch die Formulierung „ohne Handel zu treiben“ vor, dass in diesem Fall nur die besonders schwerwiegende Modalität des Handeltreibens greifen soll.

27. Die vorgeschlagene Neufassung ist keine willkürliche Weiterentwicklung der Rechtsprechung, sondern wird durch die klassischen Auslegungsmethoden gestützt. Hinsichtlich des Wortlauts erfasst sie im Gegensatz zum bisherigen Verständnis nur solche Fälle, die sich ohne weiteres mit dem üblicherweise dem Handel zugeschriebenen Bedeutungsgehalt vereinbaren lassen. So korrespondiert die Lösung gut mit dem Verständnis des Handels in den Wirtschaftswissenschaften, welches die Verbindung von Produktion und Konsum betont.

28. Systematisch hat der gewählte Ansatz den Vorzug, den übrigen Tatmodalitäten erstmals einen signifikanten Anwendungsbereich einzuräumen. Hierbei behält der Zusatz „ohne Handel zu treiben“ einen sinnvollen Bedeutungsgehalt. Darüber hinaus vermeidet die Neufassung Inkonsistenzen zum allgemeinen Strafrecht, in dem Rechts-

institute wie Täterschaft und Teilnahme sowie Vorbereitung und Versuch nach allgemeinen Regeln angewendet werden können.

29. Die historische Auslegung spricht zumindest nicht gegen die Neufassung. Zwar hat der Gesetzgeber bei den verschiedenen Novellierungen des BtMG nie die Notwendigkeit gesehen, das Begriffsverständnis der Rechtsprechung beim Handeltreiben in Frage zu stellen. Er hat sogar durch den Zusatz „ohne Handel zu treiben“ klargestellt, dass die anderen Tatmodalitäten im Handeltreiben aufgehen können. Allerdings hat er sich nie ausdrücklich zur weiten Interpretation der Rechtsprechung bekannt. Vielmehr spricht der ursprüngliche Sinn der Einführung für eine sich an der Vermittlung orientierten Auslegung, der die Neufassung nahe kommt. Auch der gesetzgeberische Wunsch einer scharfen Bestrafung der Hintermänner bei gleichzeitiger Milde gegenüber drogenabhängigen Einzelfiguren wird durch den hier vertretenen Ansatz erfüllt.

30. Auch aus teleologischer Sicht ergibt die Neufassung Sinn, hält sie sich doch an die im Gesetz zum Ausdruck kommende Absicht des Gesetzgebers, betäubungsmittelrelevante Verhaltensweisen möglichst umfassend, gleichzeitig aber differenziert zu erfassen. Dem Handeltreiben wird im Rahmen des BtMG eine sinnvolle Funktion zugewiesen, nämlich für die Verbreitung von Drogen besonders bedeutsame Handlungen hart zu bestrafen. Dass bei der Interpretation auch kriminalpolitische Erwägungen berücksichtigt worden sind, stellt kein Problem dar. Es wurde lediglich dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Konzept gefolgt.